



Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

La presente obra está bajo una licencia:

Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)

Para leer el texto completo de la licencia, visita:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra

hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO COLOMBIANO POR LOS DAÑOS ANTI JURÍDICOS CAUSADOS A CONSCRIPTOS Y SOLDADOS PROFESIONALES

Adriana Cristina Caldas Delgado^{1,2}

Resumen

En la presente investigación jurídica, se pretende analizar por medio del método dogmático y hermenéutico el título de imputación procedente en el sistema jurídico colombiano para solicitar al operador judicial la reparación de los daños antijurídicos y consecuentes perjuicios causados a los soldados profesionales o conscriptos en ejercicio de sus funciones dentro de las Fuerzas Militares, pues, si bien la jurisprudencia proferida por el alto tribunal en lo contencioso administrativo – es decir , por el Consejo de Estado – por la Corte Constitucional y la doctrina al respecto ha sido numerosa, también ha sido bastante dinámica y variable lo cual en la praxis genera incertidumbre respecto del título de imputación que actualmente es considerado como aplicable en cada caso concreto, en especial en el caso de soldados profesionales y conscriptos, lo anterior teniendo en cuenta no es suficiente el señalamiento de la existencia de un daño

¹ Artículo de reflexión realizado como requisito de grado para obtener el título de Abogada de la Universidad Católica de Colombia, dirigido por el Dr. Manuel Asdrúbal Prieto Salas, vinculado al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas (CISJUC) de la Universidad Católica de Colombia.

² Estudiante de décimo semestre de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, identificada con código de estudiante 2109362, con cédula de ciudadanía número 52.384.339 de Bogotá. Teléfono: 3002106626, email: accaldas62@ucatolica.edu.co. Bogotá D.C. Colombia

antijurídico, además, es necesario que se presente al operador judicial una relación de causalidad material entre el daño antijurídico y el órgano estatal por medio de la determinación del título de imputación aplicable.

Palabras clave: Responsabilidad Estatal, Daño Antijurídico; Acción de Reparación Directa; Títulos de Imputación; Conscriptos.

RESPONSIBILITY OF THE COLOMBIAN STATE FOR THE ANTIJURIDIC DAMAGES CAUSED TO CONSCRIPTS AND PROFESSIONAL SOLDIERS

Abstract

In the present legal investigation, it is intended to analyze by means of the dogmatic method and hermeneutic the title of imputation originating in the Colombian juridical system to request to the judicial operator the reparation of the anti juridic and consequential damages caused to the professional soldiers or conscripted in exercise of their functions within the military forces, because, although the jurisprudence made by the High Court in the contentious administrative- i.e., by the Council of State-, by the Constitutional Court and the doctrine in this regard has been numerous, it has also been quite dynamic and variable which in Praxis generates uncertainty regarding the title of imputation that is currently considered as applicable in each specific case, especially in the Case of professional and conscripted soldiers the foregoing is not sufficient to signal the existence of an ant legal injury, in addition, it is necessary to present to the judicial operator a relation of material causality between the ant legal damage and the state organ by means of the Determination of the applicable imputation title.

Key words: State responsibility, unlawful damage; direct repair action; impropriety titles; Recruits; Dynamism jurisprudential.

Introducción

En el contexto jurídico colombiano la responsabilidad del Estado, es un tema que ha tomado especial relevancia, en especial, desde que se expidió la Constitución Política de 1991 pues, se estableció de forma expresa en el artículo noventa que el Estado debía responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que se causarán por la acción u omisión de las autoridades públicas, como en el caso de los daños que son causados a los soldados profesionales o conscriptos en ejercicio de sus funciones que son imputables al Estado colombiano – Ejército Nacional – por la relación especial de sujeción que rodea el vínculo. Dicho tema, ha sido ampliamente analizado e interpretado por el Consejo de Estado, sin embargo, no existe consenso respecto del título de imputación aplicable para cada caso, es decir, para el soldado profesional y para el conscripto, pues la jurisprudencia ha sido altamente dinámica y variable al respecto. Por tal motivo con la presente investigación se pretende determinar:

¿Cuál es el título de imputación procedente para solicitar la reparación de los daños antijurídicos causados a conscriptos y a soldados profesionales en el régimen jurídico administrativo colombiano?

Teniendo en cuenta que la presente investigación será realizada por medio del método deductivo – es decir partiendo de lo general a lo particular – en la parte inicial se presentará al lector en primer lugar, un análisis hermenéutico y semántico de los conceptos de soldado profesional y conscripto, así como un examen de tipo relacional de sus características y diferencias

fundamentales, pues son conceptos que constituyen parte del objeto central de análisis. Luego, se analizará la prestación del servicio militar como un vínculo legal y constitucional obligatorio y, se buscará determinar a qué tipo de soldado – profesional o conscripto – es aplicable esta carga pública. Simultáneamente, se examinará desde la perspectiva del derecho constitucional colombiano la relación que poseen los soldados profesionales con la manifestación de la voluntad, con el derecho a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad.

Posteriormente, se analizará desde el punto de vista de la Responsabilidad Estatal determinada en la cláusula general del artículo 90 superior, la forma por medio de la cual en el sistema jurídico colombiano se realiza la imputación jurídica de los daños antijurídicos causados a conscriptos y a soldados profesionales, al Estado o Ejército Nacional, para esto será indispensable estudiar los elementos estructurales de la responsabilidad estatal, del daño antijurídico y de los títulos de imputación que actualmente se encuentran vigentes en el sistema normativo colombiano.

Finalmente se realizará un análisis práctico del medio de control de reparación directa en el sistema jurídico colombiano, para esto será indispensable ahondar de forma breve en el concepto que la doctrina jurídica especialista en derecho público ha aportado al mundo jurídico respecto de los medios de control y respecto de los presupuestos procesales que se deben tener en cuenta para poner en funcionamiento el aparato judicial. Luego, se analizará de forma exclusiva el medio de control de reparación directa partiendo de la premisa de que de acuerdo al régimen procesal creado en materia administrativa por el órgano legislativo colombiano es el mecanismo idóneo para solicitar la reparación de los daños antijurídicos causados a conscriptos y soldados profesionales, para analizar dicho medio se realizará por medio del método hermenéutico un

análisis del marco normativo vigente que regula su ejercicio, así como sus presupuestos procesales fundamentales y su sustento constitucional.

1. La vinculación de los soldados a las Fuerzas Militares de Colombia

En el contexto colombiano las Fuerzas Militares han sido consideradas por la Corte Constitucional como una fuerza de tipo armado a la que le “corresponde la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional” (Corte Constitucional, 2002). Según lo estipulado en el artículo 217 de la Constitución Política de 1991 las Fuerzas Militares se encuentran integradas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, las cuales tienen como “finalidad primordial salvaguardar y preservar la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”.

Como su nombre lo indica la palabra finalidad implica la realización de una intención, de un propósito, de un fin, en ese sentido, es dable inferir que el fin teleológico del constituyente originario al establecer dicho postulado superior es básicamente lograr el cumplimiento de una serie de metas o ítems que deben ser protegidos y resguardados por la fuerza pública, la cual, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 216 superior se encuentra integrada por dos instituciones la Policía Nacional de Colombia y las Fuerzas Militares.

En tratándose de las Fuerzas Militares, los fines son cumplidos por medio de diversas personas, como por ejemplo, por medio de los soldados profesionales y por medio de los soldados conscriptos. Antes de ahondar y abordar como tal el concepto de soldado profesional y de soldado conscripto es necesario precisar que así como está compuesto el concepto se constituye

como un término de categoría compleja integrado por dos unidades lingüísticas – soldado y profesional o soldado y conscripto – por tal motivo es necesario primero conocer el concepto de cada una de estas antes de abordar de forma integral el concepto.

En primer lugar, la palabra soldado desde el punto de vista etimológico proviene de la lengua de la rama itálica denominada latín en la cual se denominó como *sōlīdus*, contemporáneamente es un término que hace referencia a “un individuo que se ha alistado, voluntariamente o en cumplimiento de un servicio militar” (Real Academia Española, 2014), por su parte la palabra profesional es un concepto que también denota a una persona como su titular, sin embargo, se diferencia en que esta persona “ejerce su profesión con capacidad y aplicación relevantes” (Real Academia Española, 2014), y finalmente, la palabra conscripto que, según la institución cultural creada para la regularización lingüística del idioma español hace referencia a un “soldado que recibe la instrucción militar obligatoria” (Real Academia Española, 2014).

Ahora bien comprendidas cada una de las unidades lingüísticas desde la perspectiva semántica, es procedente ahora, entrar a analizarlas de forma integral. Un soldado profesional según lo establecido por el artículo primero del Decreto 1793 de 2000 es un:

“varón entrenado y capacitado con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas”

Según el máximo tribunal de lo contencioso administrativo – es decir, el Consejo de Estado – en el caso de los soldados profesionales “el vínculo surge en virtud de una relación legal y reglamentaria consolidada a través del correspondiente acto administrativo de nombramiento y la consiguiente posesión del servidor o de la relación contractual creada mediante la suscripción

de un contrato laboral” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Exp. 8163, 1993)

De ello se infiere que para que un individuo pueda desempeñar el cargo de soldado profesional en el Ejército Nacional colombiano es un requisito sine qua non que el interesado realice una exteriorización manifiesta o expresa del ejercicio del derecho a la libertad y derecho al libre desarrollo de su personalidad – consagrados en la Constitución Política de 1991 en el preámbulo y en los artículos 13 y 16 respectivamente – pues el sujeto, por un lado, debe estar motivado para ingresar de forma libre y voluntaria a ejercer dicha profesión, y por otro lado, es indispensable que tenga la finalidad de prestar un servicio a cambio de una contraprestación – o salario – junto con sus correspondientes prestaciones sociales.

Al respecto resulta necesario hacer algunas precisiones conceptuales que se constituyen como elementos fundamentales en la comprensión del concepto de soldado profesional. En primer lugar, como lo señala el Consejo de Estado en la sentencia previamente citada, cuando una persona ingresa a las Fuerzas Militares para ejercer el cargo de soldado profesional de forma voluntaria, es necesario realizar el proceso de nombramiento en el cual, básicamente se expide un acto administrativo que crea la situación jurídica, es decir, dicha manifestación de la voluntad de la administración es la que determina el nacimiento de la relación legal y reglamentaria del soldado con las Fuerzas Militares, por tal motivo, resulta necesario e indispensable hacer un breve análisis desde la Teoría del Derecho Administrativo del concepto antes mencionado.

El acto administrativo como concepto jurídico, es una noción que ha sido ampliamente analizada por la doctrina y por los operadores judiciales, razón por la cual es casi imposible establecer una definición concreta y determinada – posiblemente estática – que determine un significado del

concepto. Por ello es necesario analizar las diversas nociones de acto administrativo que han sido proferidas por la doctrina y por las altas cortes al respecto, para que luego de que esto sea comprendido se trate de proponer una noción en sentido restringido que permita como dice Alessi:

“aislar una categoría homogénea de actos a los que puede aplicarse el mayor número posible de principios, pero que sea suficientemente amplia para evitar excesivos fraccionamientos y, que se presente como la más significativa importante entre las distintas categorías de actos administrativos, de manera que se pueda construir lo que podría ser una teoría principal entre las teorías parciales de los actos administrativos” (1970, p. 249)

Por un lado, Rodríguez afirma que un acto administrativo es “una manifestación de la voluntad de la administración tendiente a modificar el ordenamiento jurídico (2011, p.272) es decir, son exteriorizaciones tendientes a producir efectos jurídicos, por su parte Gordillo explica que el acto administrativo “es aquel que es dictado en ejercicio de la función administrativa sin interesar el órgano que la ejerce” (1969, p. 40), es decir, es un acto que puede ser proferida por cualquier rama del poder público u órgano del Estado.

Siguiendo dicha línea argumental, Cassagne explica en una de sus obras que “los actos administrativos son aquellos preferidos por los órganos que integran la rama del poder público en dónde se encuentra el poder ejecutivo el legislativo y el judicial cuando ellos sean producto de una actividad materialmente administrativa” (1969, p. 87). En cuanto a sus características se ha señalado principalmente que uno de los caracteres jurídicos esenciales que distinguen el acto administrativo es la presunción de legitimidad – también llamada presunción de inocencia o presunción de legalidad – pues implica “apego al derecho positivo vigente quiere decir que la

actividad administrativa ha sido emitida conforme a derecho” (Dromi, 1975, p. 80). En este punto es indispensable tener en cuenta que:

“la legalidad está caracterizada por una doble artificialidad: la del ser del derecho, es decir, de su existencia, y la de su deber ser, es decir sus condiciones de validez, así mismo positivizadas con rango constitucional, como derecho sobre derecho, en forma de límites y vínculos jurídicos a la producción normativa” (Ferrajoli, 2004, p. 67)

Otra característica importante de los actos administrativos es la ejecutoriedad, desde el punto de vista semántico puede considerarse como una “manifestación especial de la eficacia de los actos administrativos, en cuanto éstas imponen deberes o restricciones a los administrados que pueden ser realizados aun contra la voluntad los mismos” (Diez, 1961, p. 261), con esto el acto administrativo es obligatorio y adquiere la fuerza jurídica necesaria para que, sin que medie requisito o formalidad adicional, la administración realice inmediatamente las actuaciones tendientes a su cumplimiento, aun contra la voluntad de los interesados.

Paralelamente a la ejecutoriedad, se encuentra el motivo – también conocido en el mundo jurídico como motivación – del acto administrativo que consiste en “aquellas condiciones o circunstancias que el órgano estatal ha tomado en cuenta para manifestar su voluntad en determinado sentido” (Martínez, 1978, p. 139), además, se configura como una garantía del debido proceso que ha sido entendido como “un gran instrumento tutelar de participación, encaminado a brindar tutela concreta o protección jurídica de los derechos sustantivos sin consumir el imperio de los fuertes sobre los más débiles” (Brieskorn, 1993, p. 192) o como el derecho fundamental que “posibilita que el proceso sitúe a las partes, que buscan protección de

sus derechos en una perfecta situación de igualdad, procurando convivencia pacífica” (Ricoeur, 1997, p. 188).

En síntesis, el acto administrativo puede ser considerado como una clara manifestación de la voluntad del Estado, dirigida hacia los administrados, tendiente a crear, modificar, o extinguir algún tipo de situación jurídica. Preciado lo anterior, es procedente señalar que el acto administrativo de nombramiento en el caso de la incorporación de los soldados profesionales a las Fuerzas Militares, es una manifestación de la voluntad de los Comandos de Fuerza proferida en ejercicio de la función administrativa, considerada como indispensable para que se cree la relación legal y reglamentaria del individuo interesado en ingresar ya sea al Ejército Nacional, a la Armada o a la Fuerza Aérea

Ahora bien, otro concepto que posee especial relación con el de soldado profesional – antes mencionado – es el de contrato laboral pues la relación contractual de este tipo de soldados con el Estado también se puede generar por medio de la suscripción de un contrato laboral. La doctrina jurídica, ha explicado que un contrato es “una convención por la cual dos o más partes recíprocamente o solo una de ellas, prometen y se obligan para con la otra a darle alguna cosa, o a hacer una cosa” (Zea & Monsalve, 2004, (p. 49), por su parte un contrato laboral es “aquel por medio del cual una persona se obliga a prestar con otra natural o jurídica un servicio personalmente, bajo la continuada dependencia y subordinación de la segunda a cambio de una remuneración o salario” (Gómez, 2007, p. 14).

Comprendido el concepto de soldado profesional y, de sus elementos característicos es procedente ahora entrar a analizar el concepto de soldado conscripto desde el punto de vista doctrinal y hermenéutico, así como la relación que posee dicho término con la prestación del

servicio militar que contemporáneamente es considerado como un vínculo legal y constitucional obligatorio. Para comenzar con el análisis del término es necesario tener en cuenta que respecto del soldado conscripto “el vínculo surge debido al cumplimiento del deber constitucional de defensa de la independencia y de las instituciones públicas, el cual no detenta carácter laboral alguno” (Ayala, 2002, p. 165), por lo cual, el militar no recibe por ello contraprestación o beneficios prestacionales. En este punto es necesario tener en cuenta que el órgano legislativo colombiano expidió en el año en curso la Ley 1861 por medio de la cual reglamentó el servicio de reclutamiento, de control de reservas y la movilización, en su artículo 4 analiza el servicio militar obligatorio partiendo de la premisa constitucional de que es un deber dirigido a todos los colombianos que “nace al momento de cumplir su mayoría edad para contribuir y alcanzar los fines del Estado encomendados a la Fuerza Pública”, luego de acuerdo a un análisis sistemático de la norma señala en el artículo 13 que “los conscriptos bajo esta modalidad de servicio no podrán acceder a la formación laboral productiva” no obstante si pueden acceder a la formación laboral productiva proporcionada por el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, al respecto la Corte Constitucional explico que:

La prestación del servicio militar surge un vínculo entre el Estado y el ciudadano. El fundamento para ello es el deber constitucional de defensa de la soberanía y la independencia de las instituciones públicas. Sin embargo tal relación surge por el cumplimiento de un mandato constitucional, en el cual, si bien hay subordinación del poder estatal sobre la persona, no puede asemejarse a una relación laboral (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, Exp. T-5.731.786, 2017)

En este punto es necesario tener en cuenta que el artículo 216 de la Constitución Política señala que el servicio militar es una forma de responsabilidad social que se conserva entre la sociedad

civil y el Estado, en el cual se consagra dicha figura como una obligación de todos los colombianos. La referida disposición normativa dispone que:

La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional. Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas la Ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo” (Asamblea Nacional Constituyente, 1991)

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado en cuanto a las obligaciones impuestas a los ciudadanos, en relación con la fuerza pública, en los siguientes términos:

“La propia Carta Política impone a los colombianos obligaciones genéricas y específicas, en relación con la fuerza pública. En efecto, de manera general, dentro de las obligaciones de la persona y del ciudadano se encuentran las de respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales o para defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica; y de propender al logro y mantenimiento de la paz “(Corte Constitucional, Sala Plena, Exp. D-8690, 2012)

De acuerdo con lo anterior, si bien las personas tienen unos derechos en su calidad de ciudadanos, también se les impone por parte del Estado el cumplimiento de algunas obligaciones y deberes, como ocurre en relación con la prestación del servicio militar obligatorio. No obstante, dicha obligación o deber constitucional de defensa de la soberanía y la independencia de las instituciones públicas no es absoluta pues por un lado, de acuerdo a lo estipulado por el órgano legislativo en el artículo 12 de la Ley 1861 de 2017 no están obligados a prestar el mencionado

servicio aquellos individuos que sean hijos únicos, aquellos que sean huérfanos de padre o madre – si y solo si son los encargados de velar por la subsistencia de sus hermanos incapaces – , los que tienen padres incapacitados para trabajar o mayores de 60 años, los clérigos y religiosos, los casados que hagan vida conyugal o aquellos que acrediten la existencia de unión marital de hecho legalmente declarada, las personas en situación de discapacidad física, psíquica, o sensorial permanente, los indígenas que acrediten su integridad cultural, social y económica a través de certificación expedida por el Ministerio del Interior, entre otros.

También es necesario tener en cuenta que la objeción de conciencia opera en el sistema jurídico colombiano como un límite a la regla general antes mencionada en la cual la prestación del servicio militar se constituye como un mandato de estricto y obligatorio cumplimiento, en otras palabras, es un postulado que limita la aplicación mas no la validez de la prestación del servicio militar obligatorio, y que de acuerdo a lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia T-455 de 2014 se constituye como “es un derecho fundamental y una causal de exención a la prestación de dicho servicio, que tienen raigambre constitucional y, por ende, supra legal” (Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión, Exp. T-3.936.861 y T-4.074.693, 2014), por lo tanto:

En aquellos casos en que una persona tuviese convicciones claras, sinceras y profundas, las cuales pueden ser de carácter religioso o laico, acerca de la incompatibilidad entre su conciencia y el uso de la fuerza que involucra la actividad militar, resultaba desproporcionado que el Estado optase por forzarla a prestar ese servicio, sin ninguna opción diferente, pues este escenario afectaría el núcleo esencial del derecho en comento (Corte Constitucional, Sala Plena, Exp. D-875, 1995)

En ese caso el Ministerio de Defensa es la entidad competente para conocer de las declaraciones de objeción de conciencia al servicio militar obligatorio a través de la Comisión Interdisciplinaria de objeción de Conciencia.

Por último, es necesario señalar que el desequilibrio de las cargas públicas que genera para quienes prestan en procura del bienestar general el servicio militar obligatorio, puede generar durante su ejercicio daños antijurídicos a los soldados que ingresan a las Fuerzas Militares, surgiendo de esta manera, una excepción a la continuidad de la prestación del mencionado servicio y, una obligación para el Estado de responder por los daños que se generados, al respecto el Consejo de Estado “la prestación del servicio militar establece una relación de especial sujeción de los conscriptos frente al poder del Estado, la cual hace a éste último responsable de los posibles daños que puedan padecer los soldados durante su prestación” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Exp. 18586, 2008).

2. La Responsabilidad del Estado Colombiano por daños antijurídicos causados a conscriptos

En esta parte de la investigación el objetivo fundamental será analizar desde el punto de vista de la Responsabilidad Estatal determinada en la cláusula general del artículo 90 superior, la forma por medio de la cual en el sistema jurídico colombiano se realiza la imputación jurídica de los daños antijurídicos causados a conscriptos y a soldados profesionales, al Estado o Ejército Nacional, para esto será indispensable estudiar los elementos estructurales de la responsabilidad estatal, del daño antijurídico y de los títulos de imputación que actualmente se encuentran vigentes en el sistema normativo colombiano.

El concepto de responsabilidad del Estado es un tema que estructuralmente se configura en el sistema jurídico colombiano como un asunto como complejo, pues se encuentra integrado por dos unidades lingüísticas – responsabilidad y Estado –, por tal motivo, es necesario primero examinar desde el punto de vista semántico cada uno de dichos conceptos para luego sí analizar de forma integral el concepto.

La palabra responsabilidad según lo determinado por la Real Academia Española – institución cultural encargada de la regularización lingüística del idioma español – es un “compromiso u obligación de tipo moral que surge de la posible equivocación cometida por un individuo en un asunto específico. La responsabilidad es, también, la obligación de reparar un error y compensar los males ocasionados cuando la situación lo amerita” (Real Academia Española, 2014). En sentido jurídico la responsabilidad es una “relación entre un acto que produce un resultado dañoso y un sujeto por virtud de cuya relación se imputan a este los efectos que el acto genera” (Ballesteros, 2007), desde el punto de vista de la doctrina Kelseniana –la idea de la responsabilidad es una reacción del ordenamiento jurídico ante la infracción de una norma por parte de un sujeto entre determinadas condiciones establecidas por el ordenamiento, en ese sentido:

“La responsabilidad únicamente se genera cuando hay una norma que sanciona la conducta que es reprochable por el Estado puesto que perjudica a la sociedad y el sujeto que la realiza es al que se le aplicará la norma y esa obligación es la que genera en el sujeto la responsabilidad de reparar el daño” (Kelsen, 1958, p. 75)

Evento en el cual el principio de legalidad adquiere especial relevancia pues es necesario que exista una norma previa a la generación del daño antijurídico, que determine de forma expresa la responsabilidad

estatal, en ese orden de ideas la legalidad está caracterizada por una doble artificialidad “la del ser del derecho, de su existencia, y la de su deber ser, es decir sus condiciones de validez, así mismo positivizadas con rango constitucional, como derecho sobre derecho, en forma de límites y vínculos jurídicos a la producción normativa” (Ferrajoli, 2004, p. 67).

En este punto resulta necesario comprender que los principios han sido entendidos como “normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes por lo tanto son mandatos de optimización” (Alexy, 1993, p. 86) o como “estándares que han de ser observados por ser una exigencia de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad” (Dworkin, 1977, p. 72), es decir son estándares que constituyen la dimensión ética y moral del ordenamiento jurídico, por tanto “los particulares y las autoridades pueden solicitar su cumplimiento, para así lograr su plena garantía” (Enterría, 1981, p. 16).

Por su parte la palabra Estado hace referencia a “un ordenamiento jurídico para los fines generales que ejerce el poder soberano en un territorio determinado, al que están subordinados necesariamente los sujetos que pertenecen a él” (Ramírez, 2010, p. 37). Desde otra perspectiva es considerado como “una unidad de asociación constituida por hombres que viven en un territorio que es producto de una síntesis mental el Estado es un ente de la realidad de la cultura” (Porrúa, 1999, p. 145). Ahora bien, la función del Estado como la de todo fenómeno histórico consiste en la “organización y activación autónoma de la cooperación social territorial fundada en la necesidad histórica de un status vivendi común que armoniza todas las disposiciones de intereses dentro de una zona geográfica” (Heller, 1942, p. 211). Es decir el Estado es el agrupamiento social en un territorio determinado y reconocido, constituido bajo la legitimidad

de un poder político público, que posee una serie de normas en el modelo escalonado del sistema normativo que buscan mantener el orden social y los fines estatales.

Comprendidas cada una de las unidades lingüísticas, es procedente entrar a analizar de forma integral el concepto de responsabilidad estatal, no sin antes precisar que es un concepto que ha sido definido de diversas maneras a lo largo del desarrollo paulatino del derecho y que por tanto posee multiplicidad de definiciones de tipo doctrinal. Inicialmente se partió de la premisa de que:

“la Administración, siempre mantiene innumerables relaciones jurídicas con los particulares, presenta un actividad en todos los sectores de la comunidad, tiene intervención progresiva en aspectos económicos, culturales, justicia, sanidad, defensa, fiscales, etc. y esa intervención puede provocar, y provoca daños a los particulares, lo que obliga a la construcción de una Teoría de Responsabilidad en el Derecho Público” (Barrachica, 1986, p. 893)

Luego, empezó el proceso de construcción de la Teoría de Responsabilidad en el Derecho Público y con ello se empezaron a realizar importantes diferenciaciones, por ejemplo Penagos explicó que “el estudio de la responsabilidad comprende la precontractual la contractual y extracontractual de la legislativa la judicial y la administrativa” (Penagos, 1989, p. 595), es decir, la responsabilidad del Estado aplica para todas las ramas del poder público antes, durante y fuera de la ejecución de un contrato estatal. Luego se afirmó que “la regla general es que la responsabilidad venga generada por actuaciones, hechos u omisiones realizadas por la administración pública” (Bascuñán, 1997, p. 365) y que es como si en materia de responsabilidad no existiera una diferencia entre el particular y el Estado, pues ambos están llamados, en igual forma a reparar al perjudicado, “a los dos les asiste la obligación de indemnizar perjuicios” (Henao, 1998, p. 30).

Desde la perspectiva o análisis de tipo filosófico la Responsabilidad del Estado tiene asiento en el principio de la justicia distributiva, en ese sentido se busca que “se evita que se produzca cualquier daño injustificado, que deba soportarlo la comunidad” (Farrando & Martínez, 1999, p. 545) por lo tanto:

“La responsabilidad de la Administración, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público” (Puigpelat, 2001, pp. 120-121).

Es por esta razón que contemporáneamente se afirma que la responsabilidad del Estado, “consiste en la obligación a cargo del Estado de indemnizar un daño que le es imputable” (Bernal & Fabra, 2013, p.560), y que:

“La responsabilidad extracontractual del estado tiene dos regímenes un objetivo en donde el daño sufrido por la víctima implica un desequilibrio justificada en las cargas públicas que soportar normalmente las personas por el hecho de vivir en sociedad y otro subjetivo en donde además de la demostración de la existencia de un daño se exige que para su imputación jurídica ese menoscabo haya sido causado por la acción u omisión predicable el estado de sus agentes y que igualmente la víctima no tenga el deber jurídico de soportarlo” (Henao & Ospina, 2015, p. 238)

Por último – en cuanto al análisis del concepto de responsabilidad estatal – es necesario señalar que recientemente, se ha explicado que la responsabilidad patrimonial del estado se declara siempre que concurren los siguientes elementos “un hecho dañoso imputable la administración un hecho sufrido por el actor que para estos efectos es quién los alegatos nexo causal que vincula

estos dicha cosas esencial para concluir que el daño es consecuencia directa del hecho atribuido a la administración” (Hinestrosa, 2016).

Comprendido lo anterior es necesario afirmar que con la expedición de la Constitución Política de Colombia, se cambió la forma de concebir la responsabilidad estatal por parte de todos los ciudadanos, ya que se estableció en su artículo 90 que:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”

De acuerdo a un análisis hermenéutico de la norma, la responsabilidad del Estado colombiano se encuentra determinada por dos aspectos de vital importancia, por un lado, el daño antijurídico y por otro, el de título de imputación.

El daño como concepto único “se circunscribe a la acción humana implica un cambio de un estado de cosas en el mundo” (Agudelo, 2013, p. 111) y como concepto jurídico es “la alteración negativa de un estado de cosas existentes” (Saavedra, 2003, p. 75) “se presenta desde el momento en el cual se altera su goce pacífico y aún antes de que se inició la consumación de su lesión” (Henao & Ospina, 2015, p. 38) y, es un “elemento indispensable para la existencia de la responsabilidad pero cuya sola presencia no convierte en acreedor de una indemnización a quien lo sufre” (Henao, 1998, p. 38).

Según el máximo órgano garante de la Constitución en el contexto colombiano, el daño antijurídico es un “perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de

soportarlo” (Corte Constitucional, Sala Plena, Exp. D-1111, 1996) y que por tanto, es contrario a las disposiciones normativas que estipulan los derechos constitucionales que fueron establecidos por el constituyente originario para proteger a las personas, por la sencilla razón de su existencia humana. En esa misma línea argumental, la sección tercera del Consejo de Estado ha afirmado que el daño antijurídico consiste en “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extra patrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Exp. 8163, 1993).

Ahora bien, es necesario que dicho daño le sea imputable al Estado, esto quiere decir que es necesario realizar un juicio de imputación jurídica que permita imponer al Estado la obligación de reparar el daño, en otras palabras,

Es menester, que además de constatar la antijuridicidad del mismo, el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un ‘título jurídico’ distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, la *‘imputatio juris* además de la *imputatio facti* (Consejo de Estado, 1995)

En ese orden de ideas, los títulos de imputación actualmente aceptados en el sistema jurídico colombiano son la falla en el servicio, el daño especial y el riesgo excepcional. La falla en el servicio se ha definido como “un régimen de responsabilidad subjetiva, donde predomina la culpa de la administración por extralimitación de funciones, retardo en el cumplimiento de obligaciones, obligaciones cumplidas de forma tardía o defectuosa, o por el incumplimiento de obligaciones a cargo del Estado” (Orjuela, 2016, p. 3), es decir, es un título de imputación en donde se efectúa la realización de acciones u omisiones por parte de un agente del Estado – y que por ende son predicables a la administración – que generan un daño antijurídico o una

alteración negativa de las condiciones de existencia de una persona, que el Estado está obligado a reparar.

Por su parte el daño especial es un título de imputación objetiva en donde “la administración despliega una actividad legítima en cabeza de un particular, que rompe con las carga públicas de igualdad” (Bustamante, 1998, p. 89), por lo tanto, “es una expresión del principio constitucional de solidaridad” (Henao, 1998, p. 10) para determinar la procedencia de este título de imputación es necesario que entre el despliegue de la actividad y el rompimiento de las cargas públicas exista un nexo de causalidad, entendido como un “enlace entre un hecho antecedente y un resultado; en tanto que la reelaboración a nivel jurídico de dicha conexión, con las particularidades que le atribuyen las teorías tradicionales de la relación causal, conducen al concepto de relación causal” (Goldenberg, 1998, p. 1).

Comprendido lo anterior, es procedente ahora analizar cuál es el título de imputación procedente para imputar al Estado colombiano la causación de daño antijurídicos a soldados profesionales o conscriptos. Para comenzar, es necesario tener en cuenta que la Corte Constitucional en la sentencia T – 011 de 2017 al analizar las obligaciones que genera para el Estado la prestación del servicio militar obligatorio explico que:

En sentencia del 22 de octubre de 1896 la Corte Suprema de Justicia, se pronunció en el sentido de precisar que si bien las personas jurídicas no pueden ser responsables penalmente por los daños que ocasionaren a los ciudadanos, hay una obligación objetiva de repararlos civilmente por los perjuicios que resultaren de una conducta punible imputable a personas en calidad de funcionarios públicos (Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión, Exp. T-5.731.786, 2017)

De ello es dable inferir que el Estado respondía bajo el régimen de imputación objetiva frente a toda clase de situaciones en las cuales una persona obligada a prestar servicio militar sufría un

daño. Con el tiempo el Consejo de Estado ha construido la responsabilidad por conscripción con fundamento en el régimen de responsabilidad objetiva y subjetiva, es decir se produjo un cambio en la jurisprudencia que se hizo evidente al considerarse que sería aplicable el régimen objetivo de daño especial “cuando el daño se produjo como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Exp. 16205, 2005) y el régimen subjetivo de falla probada en la prestación del servicio “cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y, el de riesgo cuando éste proviene o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Exp. 18586, 2008) lo cual posee una relación inexorable con lo señalado en el año 2006 por la misma corporación en donde se explica que:

“la responsabilidad con fundamento en la falla del servicio por los daños sufridos por los conscriptos surge cuando la causa del daño es la consecuencia de la falta de diligencia y cuidado del Estado en la guarda y protección de la integridad personal y del derecho a la vida del conscripto” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Exp. 13168, 2006)

Posteriormente, al estudiar la aplicación del régimen de imputación subjetiva denominado falla en el servicio en el contexto colombiano, el alto tribunal determinó procedente la imputación de dicho título cuando se causaran daños antijurídicos tanto a soldados profesionales como a los conscripto, es decir, amplió la aplicación del régimen subjetivo a los casos de los conscriptos, pues determinó que:

“Como situaciones de falla en el servicio encontramos: 1.-El militar que muere cuando pasa por un puente en construcción y no hay aviso; 2- El militar que muere porque otro en horas del servicio y en estado de alicoramiento le propina un tiro; 3- Militar que perece en accidente de tránsito debido a la falta de sostenimiento del vehículo oficial que lo transportaba; 4- Militar que perece en accidente de avión debido a que fue defectuosamente reparado” (Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Primera, Exp. 2008-00256-00, 2010)

Es decir, con base en los presupuestos fácticos en los cuales se configuró el daño antijurídico debe tenerse en cuenta que:

“En tanto la Administración Pública imponga el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad psicofísica del soldado en la medida en que se trata de una persona que se encuentra sometida a su custodia y cuidado, pues en determinadas situaciones lo pone en una posición de riesgo, lo cual, en términos de imputabilidad, significa que debe responder por los daños que le sean irrogados en relación con la ejecución de la carga pública” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A, Rad. No. 52001-23-31-000-2007-00593-01(39309), 2016)

Frente a los conscriptos señalo el Consejo de Estado – en la sentencia previamente citada – que el Estado adquiere una posición de garante al doblegar, en ambos casos “su voluntad y disponer de su libertad individual para un fin determinado, sino que de igual manera, el Estado entra en una relación de especial sujeción que lo hace sujeto responsable de los posibles daños que puedan padecer aquéllos”. En otra oportunidad el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, estudió el caso de un joven que, fue declarado apto para la vida militar, tanto física como psíquicamente, pero que luego recibió maltrato físico y psicológico por parte de sus compañeros y superiores, pues se le imponían castigos no autorizados por el Reglamento de Régimen

Disciplinario para las Fuerzas Militares. Al conocer del proceso de acción de reparación directa, con fundamento en la situación descrita el Consejo de Estado encontró responsable al Estado teniendo en cuenta que:

“si un joven es declarado apto para la prestación del servicio militar, se infiere, que goza de un buen estado de salud, siendo entonces deber de la administración, hacer lo propio para mantener dicha situación, para así, poder entregar a la persona en las condiciones en que lo recibió. Por fuerza de todo lo anteriormente expuesto, se impone concluir que la aparición y/o complicación grave de la enfermedad mental del soldado conscripto Néstor Adriano Caro Silva mientras prestaba servicio militar obligatorio, no puede considerarse jurídicamente ajena o exterior a la entidad demandada, la cual está llamada a responder en este caso bajo el título de imputación de daño especial, dado el fundamento constitucional y legal de la anteriormente explicada relación de especial sujeción” (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Rad. 17037, 2014)

En síntesis, puede concluirse que la jurisprudencia de la máxima autoridad de lo contencioso administrativo, ha señalado que el régimen de responsabilidad aplicable a las personas que sufren un daño durante la prestación del servicio militar obligatorio es objetivo. Lo anterior, no obsta para que en algunos casos dependiendo de las circunstancias de modo tiempo y lugar, apliquen el título de imputación subjetivo falla en el servicio de llegarse a demostrar la culpa del Estado.

En otras palabras, el título de imputación aplicable a los daños causados a los soldados conscriptos puede ser, primero, de naturaleza objetiva, como el daño especial o el riesgo excepcional, segundo, por falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al respectivo proceso se encuentre acreditada la misma. Frente a los perjuicios ocasionados a los soldados regulares y teniendo en cuenta que estos están sometidos a la

prestación del servicio de deber público, es claro que el Estado debe responder cuando el daño provenga de un rompimiento de las cargas públicas que no tengan la obligación jurídica de soportar, o de un riesgo excepcional que desborda aquel que normalmente estarían sometidos y que puede tener origen en el riesgo de la actividad o en el riesgo de la cosa o de una falla del servicio a partir de la cual se produce el resultado perjudicial.

3. El medio de control de Reparación Directa como el mecanismo idóneo para solicitar la reparación de los daños antijurídicos causados a conscriptos y soldados profesionales.

Como se mencionó y analizó anteriormente, en el ordenamiento jurídico colombiano la determinación del título de imputación para el caso de los daños antijurídicos causados a los soldados profesionales y conscriptos es un tema que requiere de un nivel adicional de exigencia, pues, es necesario por un lado, estar actualizado respecto de las últimas sentencias proferidas por el Consejo de Estado en cuanto al tema, y por otro lado, es indispensable sustentar y argumentar en debida forma el conjunto de razones que se consideran correctas para sustentar el medio de control que, ante el operador judicial, cumplirá funciones de tipo formal y sustancial en la determinación de la reparación.

De ello es dable inferir, que el proceso de construcción de una demanda administrativa, es sistemático pues, primero exige al interesado – o a su abogado – la realización de un estudio fáctico en el cual de forma sucinta se detallan los hechos que dieron origen al daño, luego, le demanda la determinación del daño antijurídico y del título de imputación y le exige la estimación razonada de los perjuicios causados. De ello es necesario señalar que no basta con el cumplimiento estricto de las normas de tipo o categoría formal, adicionalmente, es necesario fundamentar, sustentar y argumentar de forma exhaustiva todas las premisas y pretensiones que

se incorporen en el texto de la demanda, evento en el cual la teoría y la investigación de las fuentes primarias adquieren especial relevancia.

Dicho proceso de recolección referencial, para el caso objeto central de análisis ya se logró con la presente investigación, ahora, es necesario ahondar y analizar el medio de control que en el ordenamiento jurídico colombiano ha sido considerado como el procedente para solicitar al juez contencioso administrativo la reparación de los daños antijurídicos causados a los soldados profesionales o conscriptos, ya sea en el ejercicio de la profesión o por la prestación del servicio militar obligatorio.

Por tal motivo, en esta parte final de la investigación se pretenderá realizar un análisis práctico del medio de control de reparación directa en el sistema jurídico colombiano, para esto será indispensable ahondar de forma breve en el concepto que la doctrina jurídica especialista en derecho público ha aportado al mundo jurídico respecto de los medios de control y respecto de los presupuestos procesales que se deben tener en cuenta para poner en funcionamiento el aparato judicial. Luego, se analizará de forma exclusiva el medio de control de reparación directa para esto, por medio del método hermenéutico se analizará el marco normativo vigente, así como sus presupuestos procesales.

En el ordenamiento jurídico colombiano, los medios de control son considerados como el conjunto de mecanismos por medio de los cuales las personas pueden acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para obtener un pronunciamiento de tipo judicial, se encuentran regulados por la Ley 1437 de 2011 – también denominada como Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo – desde el artículo 135 hasta el 147.

Según Solano los medios de control son “las opciones o posibilidades jurídico procesales por las cuales se llega a la jurisdicción contencioso administrativa para que se reconozca, según la pretensión que concierne, la reparación de determinados daños antijurídicos” (2016, p. 10), es decir, el medio de control busca lograr la conexión formal entre el operador judicial y el individuo interesado en invocarlo, para esto es necesario incorporar en el cuerpo de la demanda una *petitum* o petición bien estructurada y organizada, una *causa petendi* que son básicamente los sustentos de tipo fáctico y jurídico del libelo introductorio que permiten explicar al operador el conjunto de razones por las cuales considera que las peticiones son acertadas, por tanto, son conforme a derecho.

Por su parte Jaramillo explica que los medios de control son “mecanismos procesales instituidos para examinar judicialmente tanto el actuar jurídico como el material de las Entidades Públicas y particulares que cumplan funciones administrativas, y que, por tanto, se encuentran sometidos al derecho administrativo” (1999, p. 40). De ambas definiciones aportadas por los juristas colombianos se infiere que los medios de control establecidos por el órgano legislativo de forma expresa en la ley 1437 del año 2011 son mecanismos de control de tipo o categoría correlativa pues implican temas como el acceso a la administración de justicia, la causa, la legitimación la competencia, el debido proceso, entre otros.

Ahora bien, comprendido el concepto de medios de control es procedente ahora analizar los presupuestos que en el contexto colombiano se han establecido como necesarios para incoarlos. Por un lado existen los presupuestos procesales, que básicamente son los requisitos exigidos por la ley o *conditio sine qua non* para que proceda la admisión de la demanda contencioso administrativa, según Ibáñez de manera global son:

“Que el actor tenga capacidad jurídica procesal para llegar al proceso en condición demandante y que se haya cumplido la etapa de conciliación extrajudicial cuando es procedente y aplicable cuando siendo procedente se hubiera Interpuesto previamente el recurso obligatorio o cuando las autoridades administrativas no hubieran dado la oportunidad interponen los recursos procedentes caso en el cual no será exigible dicho requisito” (1986, p.358)

Es decir, los presupuestos procesales son básicamente aquellos requisitos en los cuales se analiza la capacidad jurídica y procesal para ser parte demandante – o actor – en el proceso contencioso administrativo y, en donde adicionalmente se examina el cumplimiento del denominado requisito de procedibilidad que, de acuerdo con la doctrina jurídica especializada en derecho civil, posee una conexión inexorable con la denominada conciliación. En cuanto a la conciliación es necesario señalar que de acuerdo con lo establecido en los artículos 64, 65 y 66 de la Ley 446 de 1998, este mecanismo alternativo de resolución de conflictos es:

“Aquel por medio del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador. Serán conciliables todos los asuntos susceptibles de transacción, desistimiento y aquellos que expresamente determine la ley. El acuerdo conciliatorio hace tránsito a cosa juzgada y el acta de conciliación presta mérito ejecutivo (Congreso de Colombia, 1998)

Ahora bien, la conciliación según lo determinado por el legislador posee dos tipos o formas de realización, por un lado se encuentra la extrajudicial y por otro lado se encuentra la judicial, para comprender mejor esto, es indispensable tener en cuenta lo señalado en el artículo 3° de la Ley 640 de 2001, que determina que “la conciliación extrajudicial se denominará en derecho cuando se realice a través de los conciliadores de centros de conciliación o ante autoridades en

cumplimiento de funciones conciliatorias; y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad” (Congreso de la República, 2001).

Simultáneamente, existe la denominada caducidad – también conocida como oportunidad para demandar – que según lo estipulado en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo se refieren a los plazos establecidos para el ejercicio de los medios de control procesal. Al respecto la doctrina jurídica ha señalado que la caducidad es “el fenómeno jurídico de la extinción del derecho accionar o recurrir por vencimiento del término perentorio concedido por la ley” (Botero, 2010, p. 659)., por su parte, el alto tribunal en materia constitucional ha explicado que dicho fenómeno “fenecimiento de un término perentorio fijado por la ley para el ejercicio de ciertas acciones, cuando una autoridad pública lesiona un derecho particular, por medio de un acto, hecho, omisión u operación administrativa” (Corte Constitucional, 1998), por lo cual, de acuerdo con la normatividad vigente, el juez debe rechazar de plano la demanda cuando el término de caducidad se encuentra vencido.

En tratándose del medio de control de reparación directa, dichos presupuestos se encuentran estipulados en el literal i) del numeral 2° del artículo 164 de la ley 1437 de 2011 que dispone que cuando se pretenda la reparación directa – establecida en el artículo 140 – indemnizatorio por responsabilidad extracontractual del Estado, la demanda deberá presentarse dentro del término de 2 años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión, o desde cuando el demandante tuvo o debió de tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que se pruebe la posibilidad de haberlo conocido la fecha de su ocurrencia.

Llegado a este punto, es necesario ahondar en el análisis hermenéutico del medio de control de reparación directa en el ordenamiento jurídico colombiano. Según lo establecido por la ley 1437 del año 2011 en el artículo 140:

“En los términos del artículo 90 de la Constitución Política, la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado. De conformidad con el inciso anterior, el Estado responderá, entre otras, cuando la causa del daño sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa imputable a una entidad pública o a un particular que haya obrado siguiendo una expresa instrucción de la misma. Las entidades públicas deberán promover la misma pretensión cuando resulten perjudicadas por la actuación de un particular o de otra entidad pública. En todos los casos en los que en la causación del daño estén involucrados particulares y entidades públicas, en la sentencia se determinará la proporción por la cual debe responder cada una de ellas, teniendo en cuenta la influencia causal del hecho o la omisión en la ocurrencia del daño” (Congreso de Colombia, 2011)

De ello resulta necesario tener en cuenta que el artículo 90 de la Constitución Política o cláusula general de responsabilidad estatal es la base o el sustento jurídico constitucional que permite la procedencia del medio de control de reparación directa. Adicionalmente, dicha disposición normativa al hacer alusión expresa al principio de responsabilidad del Estado abarca tanto la responsabilidad patrimonial como la extracontractual la cual sobreviene por daños antijurídicos que se causen por la acción u omisión de servidores públicos, al respecto la doctrina ha señalado que:

“de conformidad con los principios de responsabilidad del poder público y de legalidad, el estado y sus agentes deben proceder dentro del marco constitucional y legal que delimitan su actividad y actuaciones Y si por la acción u omisión ocasionan un daño antijurídico habrán de repararlo” (Solano, 1998, p. 96)

Siguiendo dicha línea argumental, la mencionada reparación se logra en la praxis judicial por medio de la demanda de reparación directa que, ha sido entendida como:

“es una acción de naturaleza subjetiva, individual, temporal y desistible, a través de la cual la persona que se crea lesionada o afectada podrá solicitar directamente ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo que se repare el daño causado y se le reconozcan las demás indemnizaciones que correspondan, esto es, sin reclamación previa a la administración o mediando petición de nulidad, como en el caso de la acción de restablecimiento del derecho. Se trata de una típica acción tendiente a indemnizar a las personas con ocasión de la responsabilidad extracontractual en que pudo incurrir el Estado, en razón de las actividades anteriormente indicadas, que excluye de entrada el acto administrativo” (Santofimio, 2004, p. 211)

Es decir, el concepto complejo de persona interesada debe ser entendido en el ordenamiento jurídico colombiano como la persona que ha padecido el daño, es decir, el que posee la titularidad del derecho para formular la pretensión y para solicitar la reparación del daño antijurídico causado de acuerdo con las reglas procesales. Por su parte la parte demandada está constituida por la Entidad Pública que causa el daño antijurídico y también podrá serlo un particular cuando se encuentre el ejercicio de la función administrativa.

La reparación directa es entonces un medio de control de tipo o categoría indemnizatoria típica de la responsabilidad extracontractual en el cual, se solicita primero la declaratoria de

responsabilidad del Estado o Entidad Pública por la acción u omisión que genera el daño antijurídico, luego, se procede a solicitar que se condene al Estado o Entidad Pública a pagar al demandante o a quien representa legalmente sus derechos la totalidad de los perjuicios causados a los demandantes, que claro está resulten probados en el proceso.

Es necesario tener en cuenta que en todos los procesos de reparación directa que se lleven a cabo en el ordenamiento jurídico colombiano en donde se demanda a una Entidad Pública es decir del orden nacional es necesario notificar a la agencia Nacional de defensa jurídica del estado en ese sentido es necesario correr traslado de la demanda y de los anexos para que intervenga cuando lo considere necesario para ejercer la representación judicial de las entidades territoriales por medio de la suscripción de los denominados convenios interadministrativos. En ese sentido, el medio de control de reparación directa debe ser comprendido como un mecanismo por medio del cual se resarce un daño antijurídico causado a un particular por parte del Estado o Entidad Pública mediante una indemnización de tipo categoría económica.

En cuanto a la reparación directa por daños antijurídicos causados a los soldados profesionales y conscriptos es necesario tener en cuenta que la demanda debe ir dirigida en contra de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL y, que es indispensable que la realización de la determinación del título de imputación se realice de acuerdo a la parte fáctica de cada caso, pues como se analizó en la parte intermedia el título de imputación varía dependiendo del vínculo que exista entre el soldado y el Ejército Nacional, y esto será determinante al momento del análisis de la demanda por parte del operador judicial.

Conclusiones

1. En relación con los soldados conscriptos, el vínculo surge como cumplimiento del deber constitucional de defensa de la independencia, de la soberanía nacional y de las instituciones públicas y dentro de este no existe carácter laboral.
2. Respecto del soldado voluntario o profesional, el vínculo nace de una relación legal y reglamentaria consolidada, a través del acto administrativo de nombramiento correspondiente y la posterior posesión del servidor o de la relación contractual creada por un contrato laboral.
3. El soldado profesional que ingresa de manera voluntaria al Ejército para prestar un servicio a cambio de una contraprestación goza de una protección integral de carácter salarial y prestacional.
4. El soldado que presta servicio militar obligatorio se ve impulsado a hacerlo por la exigencia de una carga o gravamen especial del Estado y no goza de protección laboral predeterminada frente a los riesgos a los cuales se le somete en cumplimiento de su cometido constitucional, sin embargo, dicha regla no es absoluta en tanto de acuerdo a lo estipulado en el artículo 12 de la Ley 1861 de 2017 existen una serie de casos específicos y expresos que en caso de configurarse operan en el sistema como causales de exoneración del servicio militar obligatorio.
5. El título de imputación aplicable a los daños causados a los soldados conscriptos puede ser de naturaleza objetiva, como el daño especial o el riesgo excepcional y por falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al respectivo proceso se encuentre acreditada la misma.
6. Frente a los perjuicios ocasionados a los soldados regulares y teniendo en cuenta que estos están sometidos a la prestación del servicio de deber público, es claro que el Estado debe responder cuando el daño provenga de un rompimiento de las cargas públicas que no tengan la obligación jurídica de soportar, de un riesgo excepcional que desborda aquel que normalmente estarían

sometidos y que puede tener origen en el riesgo de la actividad o en el riesgo de la cosa o de una falla del servicio a partir de la cual se produce el resultado.

REFERENCIAS

- Agudelo, O. A. (Enero - Junio de 2013). El cálculo de las acciones. *Novum Jus: Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, 7(1), 1-150.
- Alessi, R. (1970). *Instituciones de derecho administrativo*. (B. P. Prats, Trad.) Madrid: Bosch.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. (E. G. Valdés, Trad.) Madrid, España: Centro de Estudios Constitucionales.
- Asamblea Nacional Constituyente. (10 de Octubre de 1991). Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional* (114).
- Ayala, J. (2002). *Aplicación del derecho administrativo en Colombia*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Ballesteros, Á. (2007). *Manual de responsabilidad patrimonial de los entes locales*. Madrid: La Ley.
- Barrachica, J. F. (1986). *Compendio de Derecho Administrativo* (Vol. II). Barcelona: Promociones Publicaciones Universitarias.
- Botero, E. G. (2010). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Grupo empresarial Ibáñez.
- Brieskorn, N. (1993). *Filosofía del Derecho*. (C. Gancho, Trad.) Barcelona: Herder.
- Bustamante, A. (1998). *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Leyer.
- Cassagne, J. (1969). *El acto administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Congreso de Colombia. (8 de Julio de 1998). Ley 446, por la cual se dictan disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. *Diario Oficial*, CXXXIV (43335), págs. 1-16.

Congreso de Colombia. (18 de Enero de 2011). Ley 1437, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. *Diario Oficial*, CXLV (47956).

Congreso de la República. (5 de Enero de 2001). Ley 640, por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial*, CXXXVI (44282), págs. 9-15.

Consejo de Estado. (1993). Sentencia del 13 de julio. Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernández. En *Expediente 8163. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera*. Bogotá.

Consejo de Estado. (1995). Sentencia 8 de mayo. Consejero Ponente Juan de Dios Montes Hernández. En *Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 8118*. Bogotá.

Consejo de Estado. (1996). *Expediente 10.299. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera*. Bogotá.

Consejo de Estado. (2005). *Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 16205, C.P. Ruth Stella Correa Palacio* . Bogotá.

Consejo de Estado. (2006). *Expediente 13168. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente Mauricio Fajardo. . Bogotá.*

Consejo de Estado. (2008). *Expediente 2008-00256-00, Sala Contencioso Administrativa, sección primera Magistrado Ponente: María Claudia Rojas Lasso. Bogotá.*

Consejo de Estado. (2008). *Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente No. 18586. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón. Bogotá.*

Consejo de Estado. (2010). *Sentencia de 28 de Abril, exp. 17725. Magistrado Ponente: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá.*

Consejo de Estado. (2014). *Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicado Interno No. 17037. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón. Bogotá.*

Consejo de Estado. (2016). *Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Radicación No. 52001-23-31-000-2007-00593-01(39309). Bogotá .*

Corte Constitucional. (1995). *Sentencia C- 561. M.P: Ponente: Jose Gregorio Galindo. Bogotá.*

Corte Constitucional. (1996). *Sentencia T-073, Magistrado Ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Bogotá.*

Corte Constitucional. (1998). *Sentencia C-115, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. Bogotá.*

Corte Constitucional. (2012). *Sentencia C-288, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá.*

Consejo de Estado. (2008). *ala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente No. 18586. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón*. Bogotá.

Asamblea Nacional Constituyente. (10 de Octubre de 1991). Constitución Política de Colombia. *Gaceta Constitucional*(114). Recuperado el 24 de Julio de 2015, de http://www.senado.gov.co/images/stories/Informacion_General/constitucion_politica.pdf

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2008). *Sentencia 15 de octubre, Exp 18586*. Bogotá.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2005). *Expediente 16205, C.P. Ruth Stella Correa Palacio*. Bogotá.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. (2014). *Radicado Interno No. 17037. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón*. Bogotá.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. (2016). *Radicación No. 52001-23-31-000-2007-00593-01(39309)*. Bogotá.

Corte Constitucional. (1995). *Sentencia C- 561. M.P: Ponente: Jose Gregorio Galindo*. Bogotá.

Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C - 251. M.P: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, CLARA INES VARGAS HERNÁNDEZ*. Bogotá.

Corte Constitucional. (2014). *Sentencia T - 455, Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA*. Bogotá.

Corte Constitucional. (2017). *Sentencia T - 011. Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS*. Bogotá.

Diez, M. M. (1961). *El acto administrativo*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

Dromi, J. (1975). *Presunción de Legitimidad: Acto y procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Plus Ultra.

Farrando, I., & Martínez, P. (1999). *Manuel de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones de Palma.

Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y Garantías, La Ley del más débil*. Madrid: Trotta.

Goldenberg, I. (1998). *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires: Astrea.

Gómez, S. (2007). *Legislación Laboral. Teoría y práctica* (Sexta ed.). Bogotá: Mc Graw Hill.

Gordillo, A. (1969). *El acto administrativo* (2 ed.). Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Heller, H. (1942). *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.

Henao, J. C. (1998). *El daño* (1° ed.). Bogotá: Universidad Externado.

Henao, J. C., & Ospina, A. (2015). *La responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Universidad externado de Colombia.

Hinestrosa, F. (2016). *Responsabilidad extracontractual: Antijuridicidad y Culpa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Ibanez, A. (1986). *El poder judicial*. Madrid: Tecnos.

Jaramillo, C. (1999). *Derecho Procesal Administrativo*. Medellín: Señal Editora.

Kelsen, H. (1958). *Teoría General del Derecho y del Estado* (2da ed.). (E. G. Máyne, Trad.) México: Textos Universitarios UNAM.

Martínez, R. (1978). *Nociones de derecho administrativo* (5 ed.). México: Banca y Comercio.

Orjuela, W. R. (2016). *Responsabilidad del Estado y sus regímenes* (3ed.). Bogotá: ECOE ediciones.

Porrúa, F. (1999). *Teoría del Estado*. México: Porrúa.

Presidente de la República. (14 de Septiembre de 2000). Decreto Número 1793 por el cual se expide el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares. *Diario Oficial*, CXXXVI (44161).

Ramírez, E. L. (2010). *Responsabilidad del Estado por el Hecho del Legislador: análisis jurisprudencial y doctrinal*. Bogotá: Ibáñez Editores.

Real Academia Española. (17 de Octubre de 2014). *Diccionario de la lengua española*, 23. ^a Ed, Madrid. Recuperado el 10 de Octubre de 2016, de <http://dle.rae.es/?id=0oKpOJX>

Ricoeur, P. (1997). *Lo justo*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Saavedra, R. (2003). *La responsabilidad extracontractual de la administración pública*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Santofimio, J. O. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo* (Vol. III). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Solano, E. (1998). *Acción de cumplimiento teoría y práctica*. Bogotá: Librería del profesional.

Solano, J. (2016). *Medios de Control Contencioso Administrativo*. Bogotá: Doctrina y Ley.

Zea, A. V., & Monsalve, Á. O. (2004). *Derecho Civil, de las obligaciones* (Novena ed., Vol. T. III). Bogotá: Temis.

Referencias

Consejo de Estado. (2008). *Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente No. 18586. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón*. Bogotá.

Consejo de Estado. (2005). *Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 16205, C.P. Ruth Stella Correa Palacio* . Bogotá.

Consejo de Estado. (2014). *Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicado Interno No. 17037. Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón*. Bogotá.

Consejo de Estado. (2016). *Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Radicación No. 52001-23-31-000-2007-00593-01(39309)*. Bogotá .

Corte Constitucional. (1995). *Sentencia C- 561. M.P: Ponente: Jose Gregorio Galindo*. Bogotá.

Corte Constitucional. (2002). *Sentencia C - 251. M.P: Eduardo Montealegre Lynett, Clara Ines Vargas Hernández*. Bogotá.

Corte Constitucional. (2014). *Sentencia T - 455, Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva*. Bogotá.

Corte Constitucional. (2017). *Sentencia T - 011. Magistrado Ponente: ALBERTO ROJAS RÍOS*. Bogotá.